

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/37727>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

JOR 2007/254

Rechtbank Amsterdam

23 mei 2007, HA ZA 06-2077; LJN
BB1861.

(Mr. De Bie)

Bierbrouwerij De Leeuw BV te
Valkenburg aan de Geul,
eiseres,
procureur: mr. I. Luijt-Visser,
tegen
Buffing Drankengroothandel BV te
Diemen,
gedaagde,
procureur: mr. I.M.C.A. Reinders Folmer.

Ontbinding borgtocht wegens tekortkoming
verplichtingen art. 6:154 BW

[BW Boek 6 - 154; 265]

» Samenvatting

Indien Buffing als borg de vordering van De Leeuw op Batenburg voldoet, wordt zij gesubrogeerd in alle rechten waarover De Leeuw jegens Batenburg beschikt. Daaronder viel ook het door Batenburg aan De Leeuw gegeven stil pandrecht op de café-inventaris. Ingevolge art. 6:154 BW was De Leeuw jegens Buffing verplicht zich te onthouden van iedere gedraging die afbreuk doet aan de rechten waarin Buffing mocht verwachten krachtens subrogatie te treden, waaronder ook dit pandrecht, om aantasting van haar verhaalsmogelijkheden te voorkomen.

Nu dit pandrecht teniet is gegaan, moet worden geconcludeerd dat De Leeuw tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichting uit art. 6:154 BW.

De Leeuw wijst op het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 1980, NJ 1980, 229. Volgens dit arrest is de borg op grond van art. 1885 (oud) BW van zijn verplichtingen uit de borgtocht ontslagen voor zover hij

door tekortkomingen van de schuldeiser nadeel heeft ondervonden, maar kan hij zich niet door een beroep op ontbinding van zijn verdere verplichtingen daaruit bevrijden.

Dit arrest kan sinds de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 niet meer als geldend recht worden beschouwd. Art. 1885 (oud) BW is toen vervallen en is niet vervangen door een vergelijkbare op borgtocht toegesneden regeling. Mede daarom is er geen aanleiding te veronderstellen dat een tekortkoming in de nakoming van de verplichting uit art. 6:154 BW niet de weg zou openen naar ontbinding van een overeenkomst van borgtocht. Uitgangspunt van art. 6:265 lid 1 BW (in dit geval bezien in samenhang met art. 6:261 lid 2 BW) is immers dat bij iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de overeenkomst kan worden ontbonden.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Bierbrouwer De Leeuw heeft op 10 oktober 2003 een schriftelijke overeenkomst van geldlening en vestiging van stil pandrecht gesloten met de heer A voor een bedrag van € 120.000,= tegen een rente van 7,45%, ten behoeve van de exploitatie van het “Café Cabaret Bistro Saint Germain Des Pres Amsterdam” aan het Max Euweplein te Amsterdam (hierna: het café). A diende dit bedrag terug te betalen in 24 opeenvolgende maandelijkse termijnen van € 2.000,=, voor de eerste maal op 1 november 2003, en vervolgens vanaf 1 november 2005 in 96 opeenvolgende maandelijkse termijnen van € 750,=.

2.2. Bij deze overeenkomst heeft A tevens tot zekerheid van voldoening van zijn financiële verplichtingen jegens De Leeuw bepaalde roerende zaken in het café (hierna: de café-inventaris) aan De Leeuw in stil pand gegeven.

2.3. Naast deze geldlening heeft De Leeuw aan A twee jumboparasols, een groene buitenneon met opschrift “Leeuw Bier” en een vijfkraans biertapinstallatie met toebehoren in bruikleen gegeven. Deze zaken hadden een totale waarde van € 11.800,=, exclusief BTW.

2.4. Buffing, groothandel in dranken, was bekend met de inhoud van de in 2.1 en 2.2 bedoelde overeenkomst. Krachtens die overeenkomst verkreeg Buffing het exclusieve leveringsrecht van bieren ten behoeve van het café. Tot zekerheid van nakoming van de overeenkomst door A heeft Buffing op 10 oktober 2003 aan De Leeuw een borgtocht verstrekt tot een maximum van € 45.000,=. Van deze overeenkomst hebben partijen een akte opgemaakt.

2.5. A heeft van de geldlening van € 120.000,= een bedrag van € 6.000,= aan De Leeuw afbetaald.

2.6. Op 1 november 2004 heeft A het café overgedragen aan Lantaerne B.V. (hierna: Lantaerne). A en Lantaerne hebben daarvan een akte opgemaakt. Lantaerne heeft € 75.000,= van A's restantschuld van € 114.000,= aan De Leeuw over-genomen.

2.7. A heeft het resterende leningbedrag van € 39.000,= noch de inmiddels verschenen rente aan De Leeuw voldaan. Evenmin heeft hij na de overdracht aan Lantaerne de onder 2.3. genoemde zaken aan De Leeuw geretourneerd.

2.8. Bij brief van 17 november 2004 heeft De Leeuw zich tot Buffing als borg gewend met het verzoek tot betaling over te gaan. Buffing heeft hieraan niet voldaan.

3. Het geschil

3.1. De Leeuw vordert veroordeling van Buffing tot betaling van € 45.000,=, vermeerderd met de wettelijke handelsrente over dit bedrag vanaf 17 november 2004, alsmede vermeerderd met buitengerechterlijke kosten groot € 1.788,=.

3.2. De Leeuw stelt dat Batenburg op het moment van de dagvaarding nog een bedrag van € 66.017,14 aan haar verschuldigd was, bestaande uit:

– restant geleende som € 39.000,=

– 7,45% rente over € 120.000,= van 10-10-2003 t/m 1-11-2004 € 9.549,23

– 7,45% rente over € 39.000,= van 1-11-2004 t/m 31-12-2005 € 3.425,91

– 7,45% rente over € 39.000,= van 1-1-2006 tot de dag der voldoening PM

– waarde van de in bruikleen gegeven goederen (inclusief BTW) € 14.042,=

De Leeuw vordert thans van Buffing in hoofdsom het maximumbedrag van de borgtocht, € 45.000,=.

3.3. Buffing voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Buffing roept als primair verweer de vernietiging van de borgtocht op grond van dwaling in. Om proces-economische redenen zal de rechtbank echter hierna eerst haar subsidiaire verweer bespreken.

4.2. Dit subsidiaire verweer houdt in dat De Leeuw tekort is geschoten in de nakoming van de zorgplicht die op haar jegens Buffing als borg rustte, omdat zij heeft verzuimd maatregelen te nemen die zouden voorkomen dat Buffing diende te worden

aangesproken en doordat De Leeuw, door in te stemmen met de transactie met Lantaerne, aan Buffing reële verhaalsmogelijkheden heeft ontnomen. Om deze redenen roept Buffing als verweer tegen de vordering de ontbinding van de borgtochtovereenkomst in en acht zij zich ontslagen uit alle verbintenissen daaruit.

4.3. Dit verweer slaagt, om de navolgende redenen.

4.3.1. Indien Buffing als borg de vordering van De Leeuw op Batenburg voldoet, wordt zij gesubrogeerd in alle rechten waarover De Leeuw jegens Batenburg beschikt. Daaronder viel ook het door Batenburg aan De Leeuw gegeven stil pandrecht op de café-inventaris. Ingevolge artikel 6:154 van het Burgerlijk Wetboek (BW) was De Leeuw jegens Buffing verplicht zich te onthouden van iedere gedraging die afbreuk doet aan de rechten waarin Buffing mocht verwachten krachtens subrogatie te treden, waaronder ook dit pandrecht, om aantasting van haar verhaalsmogelijkheden te voorkomen.

4.3.2. Naar eigen stelling van De Leeuw bleef er na de afwikkeling van de transactie tussen Batenburg en Lantaerne, en de ontvangst van € 75.000,=, niets meer voor haar over, zodat het ervoor moet worden gehouden dat na afwikkeling van deze transactie De Leeuws restantvordering op Batenburg niet meer wordt versterkt door het in 2.2. bedoelde stil pandrecht. Dit blijkt ook uit de door Buffing in het geding gebrachte koopovereenkomst tussen Batenburg en Lantaerne, waarin in artikel 5 lid 2 is opgenomen dat verkoper (Batenburg) verklaart dat de verkochte goederen, waaronder de café-inventaris, bij het sluiten van de overeenkomst zijn onbezwaarde eigendom waren. Nu dit pandrecht teniet is gegaan, moet worden geconcludeerd dat De Leeuw tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichting uit artikel 6:154 BW. Dat De Leeuw meende langs deze weg voor

haarzelf het gunstigste resultaat te kunnen behalen, doet aan die tekortkoming als zodanig niet af. De transactie met Lantaerne heeft Buffing immers niet gebaat, nu De Leeuws restantvordering op 1 november 2004 inclusief rente nog € 48.549,23 beliep en Buffing thans voor het volle bedrag van haar borgstelling wordt aangesproken.

4.3.3. De Leeuw wijst op het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 1980, NJ 1980, 229. Volgens dit arrest is de borg op grond van artikel 1885 (oud) BW van zijn verplichtingen uit de borgtocht ontslagen voor zover hij door tekortkomingen van de schuldeiser nadeel heeft ondervonden, maar kan hij zich niet door een beroep op ontbinding van zijn verdere verplichtingen daaruit bevrijden.

De rechtbank is van oordeel dat dit arrest sinds de invoering van het huidige BW op 1 januari 1992 niet meer als geldend recht kan worden beschouwd. Artikel 1885 (oud) BW is toen vervallen en is niet vervangen door een vergelijkbare op borgtocht toegesneden regeling. Mede daarom is er geen aanleiding te veronderstellen dat een tekortkoming in de nakoming van de verplichting uit 6:154 BW niet de weg zou openen naar ontbinding van een overeenkomst van borgtocht. Uitgangspunt van artikel 6:265 lid 1 BW (in dit geval bezien in samenhang met artikel 6:261 lid 2 BW) is immers dat bij iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de overeenkomst kan worden ontbonden.

4.4. De Leeuw heeft zich bovendien niet beroepen op de uitzonderingsbepaling in het slot van artikel 6:265 lid 1 BW, dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. De rechter mag die uitzonderingsbepaling niet ambtshalve toepassen.

4.5. Nu De Leeuw het pandrecht teniet heeft laten gaan, is nakoming van haar

verbintenis uit artikel 6:154 BW onmogelijk geworden. Het is dus niet nodig dat zij in verzuim is. De conclusie is dat Buffings beroep op ontbinding van de overeenkomst van borgtocht slaagt, zodat Buffing uit haar verplichtingen daaruit is bevrijd. De vordering van De Leeuw moet daarom in zijn geheel worden afgewezen. Buffings overige verweren behoeven geen bespreking meer, omdat deze niet tot een voor haar gunstiger resultaat kunnen leiden.

4.6. De Leeuw zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. (...; *red.*).

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt De Leeuw in de proceskosten (...; *red.*),

5.3. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. Kan een overeenkomst van borgtocht worden ontbonden? Vanwege de plaatsing van art. 6:265 BW in afdeling 6.5.5 BW is ontbinding in beginsel alleen mogelijk bij wederkerige overeenkomsten. De overeenkomst van borgtocht is eenzijdige overeenkomst (vgl. Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 64). Alleen de borg neemt immers een hoofdverplichting op zich. Dit eenzijdige karakter verandert niet wanneer de wederpartij één of meer bijkomende verplichtingen op zich neemt. De verplichting bedoeld in art. 6:154 BW is zo'n bijkomende verplichting; zij vormt niet de tegenprestatie voor de borgstelling. Vgl. conclusie A-G Franx voor HR 18 januari 1980, NJ 1980, 229 (Wijsmuller/Rotterdamsche Bank). Nu verklaart art. 6:261 lid 2 BW de bepalingen

omtrent wederkerige overeenkomsten van overeenkomstige toepassing op andere rechtsbetrekkingen die strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties, voor zover de aard van die rechtsbetrekkingen zich daartegen niet verzet. Kan een overeenkomst van borgtocht dan met toepassing van dit artikel toch worden ontbonden? Art. 6:261 lid 2 BW is geschreven voor rechtsbetrekkingen die niet voortvloeien uit wederkerige overeenkomsten, maar wel strekken tot het wederzijds verrichten van prestaties. Dit is onder meer het geval bij de zogenoemde onvolmaakt wederkerige overeenkomsten. Dit zijn in oorsprong eenzijdige overeenkomsten, waarbij later ook voor de wederpartij verplichtingen ontstaan. De dan tegenover elkaar staande verplichtingen zijn echter niet afhankelijk van elkaar ontstaan, zodat geen sprake is van een wederkerige overeenkomst. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 989; en Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 65. De overeenkomst van borgtocht valt mijns inziens niet onder de reikwijdte van art. 6:261 lid 2 BW. De bijkomende verplichting van de begunstigde van de borgtocht om zich te onthouden van gedragingen die afbreuk doen aan de rechten waarin de borg mag verwachten krachtens subrogatie te zullen treden (art. 6:154 BW), bestaat van begin af aan en maakt niet dat sprake is van een rechtsbetrekking die strekt tot het wederzijds verrichten van prestaties. Ontbinding van een overeenkomst van borgtocht is dus niet mogelijk, ook niet op grond van art. 6:261 lid 2 BW. Dit kan slechts anders zijn als de schuldeiser bepaalde verplichtingen op zich heeft genomen (andere dan die van art. 6:154 BW) die maken dat die specifieke overeenkomst wél valt onder de reikwijdte van art. 6:261 lid 1 of lid 2 BW. Vgl. Mon. BW B78 (Blomkwist), nr. 23.

2. Volgens de rechtbank en volgens Asser/Van Schaick 5-IV (2004), nr. 205, is ontbinding van een overeenkomst van borgtocht wél mogelijk. Laatstgenoemde

verwijst in dit verband naar HR 22 oktober 1999, «JOR» 2000/22 (Twickler/R). In dat arrest werd overwogen dat, als sprake is van een wederkerige overeenkomst (althans een overeenkomst waarop afdeling 6.5.5 BW van toepassing is), ook een tekortkoming in de nakoming van een niet-kernbeding een grond voor ontbinding kan opleveren. Uit dat arrest kan niet worden opgemaakt dat het onderscheid tussen kernbedingen en niet-kernbedingen niet van belang is voor de vraag of sprake is van een wederkerige overeenkomst, althans een overeenkomst waarop afdeling 6.5.5 BW van toepassing is (vgl. Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 62). Voorts verwijst Van Schaick naar HR 14 april 2000, NJ 2000, 438 (Van Ravenstein/Erven Alves). In dat arrest ging het echter om een onvolmaakte wederkerige overeenkomst (vgl. concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense, onder 11; en Asser/Hartkamp 4-II (2005), nr. 513), waarop art. 6:261 lid 2 BW wél van toepassing is. Voor een overeenkomst van borgtocht gaat dat niet op.

3. Schending van art. 6:154 BW levert dus geen grond voor ontbinding op, maar mogelijk wel een toerekenbare tekortkoming als bedoeld in art. 6:74 BW (vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 571). In dat geval is de begunstigde van de borgtocht verplicht de schade te vergoeden die de borg door de in art. 6:154 BW bedoelde gedragingen van de begunstigde lijdt. Die schadevergoedingsvordering kan de borg vervolgens verrekenen met zijn betalingsverplichting. Daaraan staat niet in de weg dat de borg strikt genomen pas schade lijdt als hij betaalt. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nrs. 536 en 598. Als de betalingsverplichting van de borg groter is dan zijn schadevergoedingsvordering, blijft de borg het resterende bedrag dus verschuldigd. Vgl. het hierna onder «JOR» 2007/255 opgenomen vonnis van de Rb. Rotterdam van 6 juni 2007 (ABN AMRO/Daglayan), r.o. 4.4.

4. Art. 1885 BW (oud) bepaalde dat “de borg is ontslagen, wanneer hij, door toedoen van den schuldeischer, niet meer treden kan in de regten, hypothecken en voorregten van dien schuldeischer”. In HR 18 januari 1880, NJ 1880, 229 (Wijsmuller/Rotterdamsche Bank), is op die regel de nuancering aangebracht dat de borg slechts van zijn verplichtingen uit de borgtocht is ontslagen, voor zover hij door toedoen van de schuldeiser nadeel heeft geleden. Het oude en het huidige recht leiden aldus langs verschillende wegen tot (in beginsel) hetzelfde resultaat, namelijk dat de borg niet verder wordt bevrijd dan tot het beloop van de schade die hem door de schuldeiser is berokkend. Zie hierover A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het zojuist genoemde arrest (onder 12) en C.J.H. Brunner in zijn noot (onder 3). In dat arrest werd dan ook overwogen dat de borg niet door ontbinding te vorderen in verdergaande mate kan worden bevrijd. Mij is niet duidelijk waarom de rechtbank in het onderhavige vonnis van mening is dat dit niet meer als geldend recht kan worden beschouwd.

5. Ook wanneer naar huidig recht zou worden aangenomen dat (partiële) ontbinding van een overeenkomst van borgtocht mogelijk is, maakt het verschil of langs de weg van ontbinding of langs de weg van schadevergoeding wordt gekomen tot (gehele of gedeeltelijke) vermindering van de verplichtingen van de borg. Voor de toekenning van een vordering tot schadevergoeding is vereist dat de tekortkoming aan de schuldeiser kan worden toegerekend (art. 6:74 lid 1 slot jo. 6:75 BW). Voor ontbinding is toerekenbaarheid van de tekortkoming niet vereist (art. 6:265 lid 1 BW). Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldeiser niet weet dat een derde zijn vordering door subrogatie zal verkrijgen. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 598. Wanneer gedragingen als bedoeld in art. 6:154 BW niet aan de schuldeiser kunnen worden toegerekend, blijft de borg mijns

inziens onverminderd gehouden tot
betaling onder de borgtocht.

A. Steneker, universitair docent burgerlijk
recht Radboud Universiteit Nijmegen,
onderzoeker Onderzoekcentrum
Onderneming & Recht